



Assemblée générale

Distr.: Limitée
30 octobre 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Vingt-cinquième session
Vienne, 3-14 décembre 2001

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Remarques générales	1-9	3
Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	10-57	4
Introduction	10-14	4
1. Structure et champ d'application du Guide	10-12	4
2. Terminologie employée dans le Guide et rôle des définitions	13-14	5
3. Glossaire		5
Première partie. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel	15-22	12
1. Maximiser la valeur des actifs	15	12
2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement	16	12
3. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation	17	12
4. Prévoir l'ouverture rapide et efficace de la procédure et le règlement impartial de l'insolvabilité	18	12
5. Prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers ..	19	13
6. Prévoir une procédure transparente qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations	20	13
7. Reconnaître les droits des créanciers existants et respecter les créances prioritaires dans le cadre d'une procédure prévisible	21	13
8. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale	22	13

Deuxième partie. Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel . .	23-57	14
I. Introduction aux procédures d'insolvabilité	23-57	14
A. Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité	23-25	14
B. Types de procédures d'insolvabilité	26-49	15
1. Liquidation	29-32	16
2. Redressement	33-49	17
C. Relation entre la procédure de liquidation et la procédure de redressement	50-57	23

[Les chapitres II à VI de la deuxième partie du projet de guide législatif sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.]

Remarques générales

1. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition et les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale, ainsi que ses solides relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner les questions posées par ce dernier. Elle était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

2. La Commission s'est dite consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. Selon une opinion, le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur décisif dans les cotes de solvabilité internationales. On s'est toutefois déclaré préoccupé par les difficultés que risquaient d'entraîner des travaux à l'échelon international dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car cela supposait des choix sociopolitiques difficiles et potentiellement divergents. Vu ces difficultés, on a émis la crainte que ces travaux n'aboutissent pas. On a déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Cette notion d'approche souple a certes reçu un écho favorable, mais il a été dans l'ensemble convenu que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

3. Afin de faciliter cette étude, la Commission a décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, laquelle lui serait soumise à sa trente-troisième session. Cette session du Groupe de travail a eu lieu à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

4. À sa trente-troisième session en 2000, la Commission a pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans son rapport (A/CN.9/469, par. 140) et lui a donné pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques, et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients.

5. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait, ce faisant, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BASD), l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau. Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat a organisé à Vienne,

du 4 au 6 décembre 2000, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, un colloque sur l'insolvabilité internationale.

6. À sa trente-quatrième session en 2001, la Commission était saisie du rapport du Colloque (A/CN.9/495).

7. La Commission a pris note du rapport avec satisfaction et s'est félicitée des travaux réalisés à ce jour, en particulier de la tenue du Colloque sur l'insolvabilité internationale et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du Colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session. Elle a confirmé que le mandat devait être interprété de manière large de façon que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif. Afin d'éviter que le guide législatif ne soit trop général ou trop abstrait pour apporter les orientations requises, la Commission a indiqué que le Groupe de travail devrait avoir à cœur d'être aussi précis que possible dans ses travaux. À cette fin, des dispositions législatives types, ne serait-ce que sur certaines des questions devant être traitées dans le guide, devraient autant que possible être élaborées.

8. À sa vingt-quatrième session, qui a eu lieu à New York du 23 juillet au 3 août 2001, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a commencé l'examen du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/504.

9. Le présent rapport contient l'introduction, un glossaire, la première partie (Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel et le chapitre premier de la deuxième partie (Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel) du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Les chapitres II à VI de la deuxième partie sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Introduction

1. Structure et champ d'application du Guide

10. Le présent Guide a pour objet de faciliter l'élaboration d'un cadre juridique efficace et rationnel pour les questions d'insolvabilité. Les orientations qu'il propose visent à réaliser un équilibre entre, d'une part, les dispositions nécessaires pour encourager le recours et l'accès, à un stade précoce, à un régime d'insolvabilité en vue de tirer le meilleur parti des actifs corporels et incorporels d'une entité commerciale d'une manière équitable et équilibrée pour les parties intéressées et éviter toute dépréciation imputable à des retards, et, d'autre part, divers objectifs d'intérêt général.

11. Le présent rapport et le document A/CN.9/WG.V/WP.58 contiennent le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Dans le premier figurent l'introduction, des remarques d'ordre terminologique, un glossaire, un exposé des principaux objectifs d'un régime d'insolvabilité ainsi que le chapitre premier (Introduction aux procédures d'insolvabilité) de la deuxième partie du Guide. La

deuxième contient les chapitres II à VI de cette deuxième partie, qui portent sur les principales dispositions de fond d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel. Chaque sujet est traité dans deux sections. La première fait un exposé analytique des questions soulevées en ce qui concerne tant la liquidation que le redressement, examine différentes considérations de principe et compare diverses approches. La seconde résume les objectifs des dispositions législatives sur chaque sujet et formule des recommandations sur les approches pouvant être adoptées. Cette deuxième section contiendra aussi des dispositions législatives illustrant la façon d'appliquer les recommandations.

12. Le Guide n'aborde pas les questions intéressant les aspects internationaux du droit de l'insolvabilité, comme le traitement des créanciers étrangers. Ces questions sont traitées dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qu'il est recommandé de considérer en complément du présent Guide. Ce dernier ne vise nullement à modifier ou à réviser les dispositions de la Loi type.

2. Terminologie employée dans le Guide et rôle des définitions

13. Les définitions des termes qui suivent visent à fournir des orientations aux lecteurs du Guide. En effet, de nombreux termes comme "créancier garanti", "liquidation" et "redressement" peuvent avoir des sens fondamentalement différents selon les pays. En les définissant dans le Guide, on peut faire en sorte que les concepts auxquels ils renvoient soient clairs et généralement compris. Les définitions des termes figurant dans le projet de guide n'ont pas encore été examinées par le Groupe de travail et contiennent plusieurs variantes possibles qui figurent entre crochets.

Emploi du terme "tribunal" dans le Guide

14. Le projet de guide part du principe que l'on s'appuie sur un contrôle judiciaire tout au long de la procédure d'insolvabilité, ce contrôle pouvant notamment se traduire par la faculté, pour le tribunal, d'ouvrir la procédure d'insolvabilité, de nommer le représentant de l'insolvabilité, de superviser ses activités et de prendre des décisions au cours de la procédure. Bien que ce postulat soit valable en tant que principe général, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de suivre les affaires d'insolvabilité (que ce soit faute de ressources ou d'expérience sur la question), ou qu'on préfère confier le contrôle à un organe administratif. Par souci de simplicité, le terme "tribunal" est employé ici dans le même sens qu'à l'alinéa e) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, à savoir qu'il désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d'insolvabilité.

3. Glossaire

Action en annulation	action visant à faire annuler ou à autrement priver d'effet certaines opérations. Les opérations susceptibles d'être annulées sont notamment les suivantes: a) celles entre un débiteur et un créancier ayant pour effet de créer une préférence en faveur de ce créancier au préjudice de l'ensemble des créanciers [à l'exception des actes accomplis dans le cours
----------------------	---

	normal des affaires] intervenues [pendant une période déterminée] avant l'ouverture de la procédure ou b) celles dans lesquelles les actifs d'un débiteur ont été transférés sans contrepartie équitable ou c) celles dans lesquelles les actifs d'un débiteur ont été transférés de manière frauduleuse
Centre des intérêts principaux	lieu où le débiteur administre ses intérêts de manière habituelle, vérifiable comme tel par des tiers
Clause dite de "cram-down"	mécanisme par lequel l'approbation d'un plan de redressement par une catégorie de créanciers peut être utilisée pour imposer le plan aux autres catégories sans leur consentement
Comité des créanciers	organe représentatif dont les membres sont désignés par [le tribunal] [le représentant de l'insolvabilité] [l'ensemble des créanciers] pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers et doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans la loi sur l'insolvabilité
Compensation	opération dans laquelle la créance monétaire d'une partie est compensée (contrebalancée) par une créance monétaire de l'autre partie sur la première. Peut être invoquée comme exception pour s'opposer, en tout ou en partie, au paiement d'une créance monétaire
Compensation monétaire de groupe	il peut s'agir, sous une forme, de la compensation (voir ce terme) de choses fongibles non monétaires (comme des titres ou des marchandises livrables le même jour) valant règlement et, sous une forme plus importante, de la résiliation par un cocontractant de contrats ouverts avec le débiteur, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation avec déchéance du terme)
Concordat	[dans le cadre d'un redressement,] accord entre le débiteur et les [la majorité des] créanciers par lequel les créanciers conviennent avec le débiteur et entre eux du versement par le débiteur d'un montant inférieur à la somme due pour les désintéresser totalement ou encore d'une remise partielle, d'un étalement des dettes ou de la redéfinition des conditions de remboursement
Contrats en cours	contrats existants [qui ne sont pas ou pas entièrement exécutés] à l'ouverture de la procédure

Créance	droit susceptible d'exécution sur une somme d'argent ou des actifs
Créance garantie	créance assortie d'une sûreté constituée en garantie d'une dette, réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur à l'échéance
Créance prioritaire	créance qui est payée sur les actifs disponibles avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires
Créancier garanti	créancier détenant, soit une sûreté constituée sur la totalité ou une partie des actifs du débiteur, soit une sûreté sur un actif déterminé conférant au créancier une priorité sur les autres créanciers relativement aux actifs grevés
Créancier postérieur à l'ouverture de la procédure	créancier dont la créance est née après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité
Débiteur	personne ou entité exerçant une activité commerciale qui remplit les conditions pour faire l'objet, et fait l'objet, d'une procédure d'insolvabilité, à l'exclusion d'entités soumises à un régime d'insolvabilité spécial [notamment les établissements bancaires et financiers, les compagnies d'assurance] et [autres]]
Décharge	ordonnance du tribunal libérant un débiteur de toutes les obligations qui étaient visées ou auraient pu être visées par la procédure d'insolvabilité, y compris les contrats qui ont été modifiés dans le cadre d'un redressement
Décision de l'insolvabilité	décision du tribunal d'ouvrir une procédure d'insolvabilité [et de nommer un représentant de l'insolvabilité] (voir aussi "ouverture de la procédure")
Demande d'ouverture	demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité présentée par le débiteur; un ou plusieurs créanciers; le ministère public; le tribunal de l'insolvabilité se saisissant d'office
Entreprise viable	entreprise susceptible d'être maintenue en activité et faisant l'objet d'une cession comme un tout en fonctionnement dans le cadre d'une liquidation, par opposition à la vente séparée des différents actifs
Établissement	tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services: alinéa f) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

Garantie	actif grevé d'une sûreté au profit d'un ou de plusieurs créanciers, qui ont le droit de le vendre en cas de défaillance du débiteur (voir créance garantie)
Insolvabilité	[état du débiteur qui est [susceptible de se trouver] dans l'incapacité ou qui n'est plus en mesure d'acquitter ses dettes et autres obligations exigibles] ou [situation dans laquelle le passif du débiteur excède la valeur de son actif] ou [état du débiteur qui cesse de façon générale d'acquitter ses dettes et autres obligations exigibles, ou en suspend le paiement, faute de liquidités suffisantes] ou [état du débiteur qui cesse de payer des dettes importantes et critiques, comme le loyer, les salaires et les cotisations de sécurité sociale]
Liquidation	procédure par laquelle les actifs d'un débiteur sont rassemblés, réalisés et répartis au profit [de la masse de l'insolvabilité et] des créanciers, y compris des actionnaires [après quoi la personne morale est dissoute], soit par des ventes séparées des différents actifs ou la vente de la totalité ou de l'ensemble ou de l'essentiel des actifs du débiteur dans les unités de production en activité, soit cédée en tant qu'entreprise viable
Masse de l'insolvabilité	actifs du débiteur sur lesquels le représentant de l'insolvabilité exerce un contrôle et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité; [biens et droits appartenant au débiteur à la date et après l'ouverture de la procédure qui sont susceptibles d'une évaluation monétaire] [et qui constituent l'actif disponible pour désintéresser les créanciers] ou [biens et droits appartenant au débiteur qui sont susceptibles d'une évaluation monétaire] [et constituent le gage commun des créanciers]
Ouverture de la procédure	[date à partir de laquelle les effets de l'insolvabilité sont applicables] ou [date à laquelle la décision judiciaire ouvrant la procédure d'insolvabilité prend effet, qu'il s'agisse ou non d'une décision définitive]

<i>Pari passu</i>	principe suivant lequel les créanciers d'une même catégorie sont traités sur un pied d'égalité [et sont payés proportionnellement sur les actifs de la masse]
Passif garanti	[montant global des créances garanties] ou [créances des créanciers garantis]
Passif non garanti	montant global des créances non assorties d'une sûreté
Période d'observation	[dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité unitaire (voir deuxième partie)], période durant laquelle doit être établie la possibilité ou l'impossibilité de mener à bien un redressement
Plan de redressement	plan visant au redressement de l'entreprise [et au sauvetage du débiteur] présenté par [le débiteur] [les créanciers] [le représentant de l'insolvabilité] [et confirmé par le tribunal], traitant de questions comme le calendrier de la procédure, les engagements à souscrire, les conditions de paiement et les sûretés à offrir aux créanciers, les actions en annulation à engager et le traitement des contrats en cours, notamment des contrats de travail
Préférence	traitement qu'une entité insolvable accorde à un créancier en effectuant un paiement ou d'autres opérations qui placent celui-ci dans une situation plus favorable qu'elle ne l'aurait été autrement
Privilège	priorité sur l'ensemble des créanciers, y compris les créanciers garantis, accordée aux prêteurs octroyant un financement postérieur à l'ouverture de la procédure
Procédure d'insolvabilité	procédure collective qui suppose le dessaisissement [partiel ou total] du débiteur et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité [aux fins de la liquidation ou du redressement de l'entreprise] [et qui recouvre tant la procédure de liquidation que la procédure de redressement]
Procédure involontaire	procédure d'insolvabilité ouverte à la demande des créanciers ou par le ministère public ou [autres]
Procédure volontaire	procédure d'insolvabilité ouverte à la demande du débiteur
Redressement	processus de restructuration d'une entité insolvable dans le but [d'assurer le sauvetage

	du débiteur et] de rétablir la prospérité financière et la viabilité de l'entreprise par différents moyens, pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement des dettes, la conversion de dettes en capital et la vente totale ou partielle de l'entreprise en tant qu'entreprise viable
Règles de priorité	règles déterminant l'ordre dans lequel le produit de la réalisation des actifs est réparti entre les créanciers et les actionnaires
Représentant de l'insolvabilité	personne [ou entité] nommée par le tribunal qui est chargée d'administrer le patrimoine du débiteur [et d'aider et de veiller à la gestion de l'entreprise] en vue soit de la liquidation soit du redressement de l'entreprise; ou personne [ou entité] nommée par le tribunal de l'insolvabilité à laquelle sont transférés les pouvoirs [des organes de direction] du débiteur concernant l'administration, la vente ou la disposition [des actifs] de la masse de l'insolvabilité à compter de l'ouverture de la procédure, et qui agit sous le contrôle du tribunal. Le représentant dispose notamment, sans aucune limitation, des pouvoirs ci-après: déterminer ou aider à déterminer l'état des créances; réaliser [les actifs de] la masse de l'insolvabilité; procéder à la répartition du produit entre créanciers; engager des actions en annulation
Représentant provisoire de l'insolvabilité	personne ou entité nommée par le tribunal de l'insolvabilité en cas de crise grave du débiteur empêchant l'exploitation normale de son entreprise, qui est chargée d'assurer provisoirement la poursuite de l'activité en raison de la suspension du débiteur ou des organes de direction du débiteur (éventuellement dans la perspective d'un redressement)
Réserve de propriété (financement avec réserve de propriété)	clause d'un contrat de fourniture de marchandises par laquelle le fournisseur reste propriétaire des marchandises jusqu'à ce qu'elles soient payées
Superprivilège	priorité entraînant le paiement des créances qui en bénéficient avant celui des créances d'administration
Suspension des poursuites	suspension de la faculté des créanciers d'engager ou de poursuivre des actions

Tribunal

individuelles judiciaires, administratives ou autres aux fins d'exécuter et de recouvrer leurs créances, d'obtenir la possession d'actifs compris dans la masse de l'insolvabilité, ou de créer, parfaire ou réaliser une sûreté sur un actif compris dans la masse

autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d'insolvabilité (alinéa e) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale)

Première partie

Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

1. Maximiser la valeur des actifs

15. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, comme alternative à la liquidation de l'entreprise débitrice, la possibilité d'un redressement, dans le cadre duquel les créanciers ne recevraient pas moins, à leur corps défendant, que dans la liquidation, et où la poursuite de l'activité permet de maximiser la valeur de l'entreprise pour la société et pour les créanciers. Pour ces derniers, la valeur maximum peut souvent être obtenue par le redressement, et non par la liquidation.

2. Établir un équilibre entre liquidation et redressement

16. Un régime d'insolvabilité doit concilier les avantages que présente le recouvrement des créances à court terme par voie de liquidation (solution souvent préférée par les créanciers garantis) et ceux qu'offre le maintien du débiteur en tant qu'entreprise viable par voie de redressement (solution souvent préférée par les créanciers chirographaires) ainsi que d'autres considérations d'ordre social, comme l'encouragement du développement d'une classe d'entrepreneurs et la préservation des emplois. La formulation en termes généraux d'un "arrangement" ou d'un "dispositif" visant à maximiser le taux de recouvrement et à limiter au minimum les effets de l'insolvabilité et couvrant un éventail de techniques possibles de règlement de l'insolvabilité, éviterait de privilégier implicitement une technique par rapport à une autre.

3. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation

17. Un régime d'insolvabilité devrait traiter équitablement les créanciers qui se trouvent dans la même situation, qu'ils soient étrangers ou nationaux. Traiter équitablement ne signifie pas traiter tous les créanciers de la même façon, mais d'une manière qui tienne compte des différents accords qu'ils ont passés avec le débiteur, ainsi que des prérogatives conférées par la loi à certains détenteurs de créances ou de droits réels. Le régime de l'insolvabilité devrait traiter les problèmes de fraude et de favoritisme qui peuvent surgir en cas de difficultés financières, en prévoyant la possibilité de faire annuler les actes portant atteinte au principe du traitement équitable des créanciers.

4. Prévoir l'ouverture rapide et efficace de la procédure et le règlement impartial de l'insolvabilité

18. Il convient de traiter et de régler l'insolvabilité d'une manière ordonnée, rapide et efficace, afin de ne pas perturber inutilement les affaires et les activités du débiteur et de réduire au minimum le coût de la procédure. À cette fin, la loi devrait faciliter l'accès à la procédure en soumettant des critères clairs et objectifs, prévoir un moyen commode de recenser, de regrouper, de préserver et de recouvrer des biens devant servir à apurer les dettes, permettre au débiteur et à ses créanciers de participer de la manière la plus rapide et la plus économique possible, prévoir une

structure appropriée pour la supervision et l'administration de la procédure et aboutir finalement à l'extinction effective des obligations financières du débiteur.

5. Prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers

19. Un régime d'insolvabilité devrait permettre un règlement ordonné et prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers engageant des poursuites individuelles pour recouvrer leurs créances. Ces actions réduisent souvent la valeur totale des actifs disponibles pour payer toutes les créances opposables au débiteur et peuvent empêcher le redressement de l'entreprise. Une suspension des poursuites des créanciers laisse un répit au débiteur, permet d'examiner soigneusement sa situation financière et facilite à la fois la maximisation de la valeur de la masse et le traitement équitable des créanciers. Il faudra peut-être prévoir un mécanisme pour éviter qu'une suspension ne porte atteinte aux droits des créanciers garantis.

6. Prévoir une procédure transparente qui encourage, par des mesures d'incitation, la collecte et la diffusion d'informations

20. Une procédure efficace et rationnelle permettra à ceux qui sont chargés de l'administrer et de la superviser (tribunaux, organes administratifs, représentant de l'insolvabilité) et les créanciers d'évaluer la situation financière du débiteur et de déterminer la solution la plus appropriée. La loi sur l'insolvabilité devrait assurer l'accès à des informations suffisantes sur la situation du débiteur, en prévoyant des mesures d'incitation pour encourager celui-ci à divulguer ses positions ou, au besoin, des sanctions s'il ne le fait pas. La loi sur l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible, pour permettre aux créanciers et prêteurs potentiels de comprendre le déroulement de la procédure et de mesurer les risques liés à leur statut de créanciers en cas d'insolvabilité. Dans la mesure du possible, une loi sur l'insolvabilité devrait clairement indiquer toutes les dispositions des autres lois pouvant avoir une incidence sur la conduite de la procédure.

7. Reconnaître les droits des créanciers existants et respecter les créances prioritaires dans le cadre d'une procédure prévisible

21. Le fait de reconnaître et de faire exécuter, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, les droits différents que les créanciers ont en dehors de l'insolvabilité apportera de la certitude sur le marché et facilitera l'octroi de crédits. Il importe d'énoncer des règles claires pour déterminer l'ordre de priorité des créances existantes et des créances postérieures à la procédure, de sorte que les prêteurs sachent à quoi s'en tenir, que cet ordre puisse être systématiquement suivi, que la procédure inspire confiance et que tous les participants soient en mesure d'adopter des mesures appropriées pour gérer le risque.

8. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

22. Pour favoriser la coordination entre les pays et faciliter la fourniture d'une aide dans l'administration d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger, les lois sur l'insolvabilité devraient contenir des règles sur l'insolvabilité internationale, notamment sur la reconnaissance des procédures étrangères, en incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Deuxième partie

Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité efficace et rationnel

I. Introduction aux procédures d'insolvabilité¹

A. Caractéristiques générales d'un régime d'insolvabilité

23. Lorsqu'un débiteur ne peut faire face à ses dettes et engagements exigibles, il est nécessaire de prévoir un mécanisme juridique permettant de régler collectivement les créances en cours au moyen de tous ses actifs (corporels ou incorporels). Toute une gamme d'intérêts doit être prise en compte par ce mécanisme juridique: ceux du débiteur, des propriétaires et de la direction de l'entreprise débitrice, des créanciers plus ou moins munis de sûretés à des degrés variables, des salariés, de l'administration fiscale, des garants et des créanciers chirographaires; entrent aussi en ligne de compte les organismes publics, commerciaux et sociaux et les pratiques ayant un rapport avec la conception du mécanisme et avec le cadre institutionnel nécessaire à son fonctionnement. La plupart des systèmes juridiques prévoient différents types de procédures (que l'on peut désigner sous le terme générique de "procédures d'insolvabilité") qui peuvent être engagées pour régler cette situation. Bien qu'elles aient toutes pour objectif de résoudre les difficultés financières du débiteur, elles peuvent revêtir différentes formes comportant des éléments formels et informels, pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme.

24. Pour élaborer une loi efficace et rationnelle sur l'insolvabilité, il faudra examiner une série de questions portant sur le fond ou d'ordre institutionnel. Les questions de fond, qui sont examinées en détail dans la deuxième partie du présent Guide, sont les suivantes:

a) l'identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité et de ceux auxquels un régime d'insolvabilité spécial peut être applicable;

b) la détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande celle-ci;

c) la mesure dans laquelle le débiteur devrait être autorisé à conserver le contrôle de l'entreprise après l'ouverture de la procédure ou s'il devrait être dessaisi et si une partie indépendante (appelée dans le présent Guide le représentant de l'insolvabilité) devrait être nommée pour superviser et gérer l'entreprise débitrice;

d) la protection des actifs du débiteur contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité. La question de savoir, lorsqu'une suspension s'applique à l'engagement d'une action ou à la poursuite d'actions déjà engagées par des créanciers, du fait de l'ouverture d'une

¹ Cette section s'inspire des travaux de la Banque asiatique de développement, du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale.

procédure d'insolvabilité, si elle devrait aussi s'appliquer aux créanciers garantis et, dans l'affirmative, comment la valeur de leurs sûretés sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

e) la mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité sera habilité à modifier les clauses des contrats conclus par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et s'il pourra le faire uniquement dans le cas de contrats n'ayant pas reçu un début d'exécution ou aussi dans celui de contrats en cours;

f) la mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité peut annuler certains types d'opérations qui sont frauduleuses ou qui lèsent pour quelque autre raison, les intérêts des créanciers;

g) l'élaboration du plan de redressement et les restrictions éventuelles à imposer au contenu du plan, la partie habilitée à élaborer ce dernier et les conditions requises pour son approbation et son exécution;

h) le classement des créanciers aux fins de la répartition du produit de la liquidation;

i) [...].

25. Outre ces questions spécifiques, il faudra aussi examiner la question plus générale de savoir si la loi sur l'insolvabilité l'emportera sur d'autres lois, par exemple, sur les dispositions du droit du travail qui prévoient certaines protections en faveur des salariés, sur les lois qui restreignent les possibilités de recours à la compensation et à la compensation globale, sur lois qui restreignent les conversions de créances en prises de participation et sur lois qui imposent un contrôle des changes ou un contrôle des investissements étrangers lorsque celles-ci peuvent avoir une incidence sur le contenu du plan de redressement (voir Contrats de travail et salariés, par. 113 et 114 et 228 à 230; Compensation et compensation globale, par. 116 à 123; Contenu du plan de redressement, par. 274, ...).

B. Types de procédures d'insolvabilité

26. Les deux principaux types de procédures sont la liquidation (qui est généralement une procédure formelle) et le redressement (qui peut être soit une procédure formelle soit une procédure informelle ou encore, dans certains cas, une combinaison des deux). La distinction traditionnelle entre ces deux types de procédures est néanmoins quelque peu artificielle et risque de susciter une polarisation excessive et d'introduire des rigidités. Elle ne permet pas de prendre en compte, par exemple, les cas qu'il est difficile de ranger dans l'un ou l'autre type, c'est-à-dire ceux dans lesquels une approche souple à l'égard de la situation financière du débiteur a des chances de donner le meilleur résultat, tant pour le débiteur que pour les créanciers, pour ce qui est de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité (ce qui peut nécessiter la combinaison de divers types de procédures, parfois à la fois formelles et informelles). De plus, la distinction entre les procédures traditionnelles de liquidation et de redressement n'est pas toujours très nette. Par exemple, on qualifie parfois de "redressement" un mode particulier de sauvegarde, voire d'augmentation de la valeur de la masse dans le cadre d'une procédure de liquidation. C'est le cas, par exemple, lorsque la loi prévoit un mode de liquidation par voie de cession de l'entreprise à un repreneur. Dans une telle

situation, le terme “redressement” indique simplement qu’on a recours à une technique autre que la liquidation traditionnelle (c’est-à-dire la vente pure et simple des actifs) afin de tirer de la masse de l’insolvabilité la valeur la plus élevée possible.

27. Pour ces raisons, il est souhaitable que le législateur ne se contente pas de prévoir le choix entre une procédure de liquidation strictement traditionnelle et un seul type de procédure de redressement. La notion de redressement peut recouvrir divers types d’arrangements dans le détail desquels la loi sur l’insolvabilité n’a pas besoin d’entrer. Il peut suffire que le régime du redressement permette d’obtenir un meilleur résultat que si l’entreprise devait être liquidée (en fait, le redressement peut déboucher sur la liquidation ou la vente de l’entreprise).

28. Dans son analyse des éléments essentiels d’un régime de l’insolvabilité efficace et rationnel, le présent Guide se focalise sur une procédure de liquidation, d’une part, et une procédure de redressement, d’autre part. Il ne s’agit pas de faire d’indiquer une préférence pour des types particuliers de procédures ni une préférence pour telle ou telle modalité d’intégration des différentes procédures dans la loi sur l’insolvabilité. Au contraire, le Guide cherche à faire ressortir et comparer les éléments essentiels des différents types de procédures et à promouvoir une approche axée sur la maximisation du résultat pour les parties impliquées dans une procédure d’insolvabilité. Le législateur peut atteindre cet objectif en incorporant dans la loi sur l’insolvabilité les éléments formels traditionnels d’une façon qui assure le maximum de souplesse et permette le recours à des procédures informelles lorsque celles-ci ont des chances d’être les plus efficaces.

1. Liquidation

29. Le type de procédure qualifié de “liquidation” prévoit généralement la prise en charge des actifs du débiteur par une autorité publique (généralement, mais pas nécessairement, un tribunal agissant par l’intermédiaire d’une personne nommée à cette fin), en vue de mettre un terme à l’activité commerciale du débiteur, de réaliser les actifs non monétaires et d’en répartir le produit au prorata entre les créanciers. Cette procédure aboutit généralement à la liquidation ou à la disparition du débiteur en tant qu’entité commerciale bien que, dans certains cas, les actifs puissent faire l’objet d’une cession globale à un repreneur. D’autres termes tels que *bankruptcy*, *winding-up*, faillite, *quiebra*, *Konkursverfahren* sont utilisés pour désigner ce type de procédure.

30. Ce type de procédure tend à avoir dans sa conception, son acceptation et son application un caractère quasi “universel”. Elle se déroule normalement suivant le schéma ci-après²:

- a) saisine d’un tribunal ou d’un autre organe compétent soit par l’entreprise soit par un ou plusieurs créanciers;
- b) décision de liquidation de l’entité;
- c) nomination d’une personne indépendante chargée de conduire et d’administrer la liquidation;

² “Law and Policy Reform at the Asian Development Bank”, *Report on RETA 5795: Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region*, Asian Development Bank, 2000, par. 35.

- d) cessation de l'activité de l'entreprise;
- e) dessaisissement des propriétaires et des dirigeants et licenciement des salariés;
- f) vente des actifs de l'entreprise;
- g) décisions sur les créances;
- h) répartition des fonds disponibles entre les créanciers (suivant un certain ordre de priorité); et
- i) dissolution de l'entreprise.

31. Un certain nombre de considérations juridiques et économiques justifient la procédure de liquidation. En gros, une entité commerciale qui n'est pas compétitive dans une économie de marché n'a pas sa place sur le marché et devrait en être éliminée. L'un des principaux signes du manque de compétitivité d'une entreprise est le fait qu'elle devient insolvable. Plus précisément, le recours à une procédure de liquidation peut être considéré comme une façon de régler les problèmes entre créanciers (lorsque les actifs d'un débiteur insolvable ne sont pas suffisants pour désintéresser tous les créanciers, chacun d'eux aura intérêt à essayer de récupérer sa créance avant que d'autres créanciers ne fassent de même) et d'imposer une discipline qui est un élément essentiel d'une relation débiteur-créanciers durable. Une procédure de liquidation ordonnée et efficace cherche à régler les problèmes entre créanciers en mettant en branle une procédure collective qui vise à éviter les actions qui, tout en étant considérée par les différents créanciers comme servant au mieux leurs intérêts, aboutissent en fait à une perte de valeur pour l'ensemble des créanciers. Une procédure collective est conçue de façon à assurer un traitement équitable aux créanciers et à maximiser la valeur des actifs du débiteur dans l'intérêt de tous les créanciers. On parvient normalement à ce résultat en imposant une suspension à la faculté des créanciers d'opposer leurs droits individuels au débiteur et en nommant une personne indépendante qui a essentiellement pour mission de maximiser la valeur des actifs du débiteur avant distribution aux créanciers.

32. La procédure de liquidation est aussi un important facteur de discipline qui est un élément essentiel d'une relation débiteur-créanciers durable. Elle peut offrir, par exemple, un mécanisme ordonné et relativement prévisible d'exécution des droits des créanciers. Non seulement elle apporte aux créanciers un élément de prévisibilité lorsqu'ils décident d'octroyer des crédits mais aussi, d'une manière plus générale, elle favorise les intérêts de tous les acteurs économiques en facilitant l'offre de crédit et le développement des marchés financiers.

2. Redressement

a) Procédures de redressement formelles

33. Au lieu de la liquidation, on peut envisager une procédure qui vise à sauver l'entreprise et non à mettre fin à ses activités. Cette procédure, qui peut revêtir plusieurs formes et qui est sans doute moins universelle dans sa conception, son acceptation et son application que la liquidation, est désignée par un certain nombre de termes différents: redressement (*reorganization*), *rescue*, *restructuring*, *turnaround*, *rehabilitation*, *arrangement*, *composition*, concordat préventif de faillite, *suspensión de pagos*, *administración judicial de empresas* et

Vergleichsverfahren. Par souci de simplicité, le terme “redressement” est utilisé dans le projet de guide dans un sens large pour renvoyer au type de procédures dont l’objectif ultime est de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de continuer des activités commerciales normales.

34. L’une des raisons pour lesquelles il convient d’inclure le redressement dans une loi sur l’insolvabilité est que le régime de la liquidation ne convient pas dans tous les cas: toutes les entreprises en situation d’échec sur un marché compétitif ne doivent pas nécessairement être liquidées. Une entreprise qui a des perspectives raisonnables de survie (c’est-à-dire qui exerce une activité potentiellement rentable) devrait se voir redonner une chance, en particulier lorsque l’on peut démontrer qu’il est plus intéressant, et par conséquent plus avantageux à long terme pour les créanciers de maintenir son activité essentielle et d’autres de ses composantes. Les procédures de redressement visent à accorder un répit à l’entreprise pour surmonter ses problèmes temporaires de liquidités ou un problème plus permanent de surendettement et à lui donner, si nécessaire, la possibilité de restructurer ses opérations et ses relations avec les créanciers. Lorsque le redressement est possible, il a généralement la préférence des créanciers si la valeur tirée de la poursuite des activités de l’entreprise a des chances d’améliorer les perspectives de recouvrement de leurs créances. Le redressement, toutefois, n’implique pas que l’entité sera complètement remise sur pied ou que ses créanciers seront totalement désintéressés. Il ne signifie pas non plus nécessairement que les propriétaires et la direction de l’entreprise insolvable maintiendront et préserveront leurs positions respectives. En général, cependant, le redressement implique que, quel que soit le type de plan, de dispositif ou d’arrangement convenu, les créanciers recevront au bout du compte un montant plus élevé que si l’entreprise devait être liquidée.

35. Ce résultat peut être obtenu en ayant recours à des procédures qui peuvent prendre différentes formes. Il peut s’agir d’un simple accord concernant les créances (désigné sous le nom de concordat) par lequel, par exemple, les créanciers conviennent de recevoir un certain pourcentage de leurs créances et de se considérer ainsi pleinement, complètement et définitivement désintéressés. Les créances se trouvent ainsi réduites et l’entreprise, redevenue solvable, peut poursuivre ses activités. Il peut aussi s’agir d’une procédure complexe prévoyant, par exemple, la restructuration des dettes de l’entreprise insolvable (extension de la durée du prêt et du délai de remboursement, report du paiement des intérêts ou changement de l’identité des prêteurs); une partie des créances peut être convertie en prises de participation moyennant une réduction (ou même la disparition) des participations existantes; les actifs non essentiels peuvent être vendus; et il peut être mis fin aux activités non rentables. Le choix du mode de redressement est généralement fonction de la taille de l’entreprise et de la complexité de la situation du débiteur.

36. Bien que la procédure de redressement ne soit pas aussi universelle que la liquidation et risque de ce fait de ne pas suivre un modèle commun, un certain nombre d’éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés³:

a) soumission volontaire de l’entité au processus, lequel peut comporter ou non une procédure judiciaire et un contrôle ou une surveillance judiciaire;

³ Voir note 2, par. 41.

- b) interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites contre le patrimoine de l'entité, opposable à tous les créanciers pendant une période limitée;
- c) continuation de l'activité de l'entité, par la direction en place, par un administrateur indépendant ou par les deux à la fois;
- d) élaboration d'un plan contenant des propositions quant au traitement des créanciers, des actionnaires ou associés et de l'entité elle-même;
- e) examen, mise aux voix et acceptation du plan par les créanciers;
- f) éventuellement, homologation judiciaire du plan accepté; et
- g) exécution du plan.

37. Si les avantages du redressement sont généralement acceptés, la mesure dans laquelle on a recours, pour atteindre ses objectifs, à des procédures formelles, varie selon les pays. Il est généralement reconnu que l'existence d'une procédure de liquidation peut faciliter le redressement d'une entreprise, soit par la voie d'une procédure de redressement formelle, soit par des moyens informels dans le cadre d'une procédure extrajudiciaire (l'existence du régime formel incitant à la fois les créanciers et les débiteurs à rechercher un accord approprié). En fait, dans de nombreux pays, le redressement est en grande partie opéré de façon informelle "dans l'ombre" du régime d'insolvabilité formel. Il y a toutefois souvent une corrélation entre la gravité des difficultés financières que connaît le débiteur et la complexité de la solution appropriée. Si, par exemple, une seule banque est impliquée, il est probable que le débiteur pourra négocier avec elle de façon informelle et résoudre ses difficultés sans faire intervenir ses créanciers commerciaux. Lorsque la situation financière est plus complexe et exige la participation d'un grand nombre de créanciers de type différent, un plus grand formalisme peut être nécessaire pour trouver une solution qui satisfasse les intérêts et objectifs divers de ces créanciers.

38. Malgré la fréquence des arrangements informels, les procédures de redressement formelles peuvent constituer un mécanisme de redressement des entreprises servant les intérêts de tous les acteurs économiques. En premier lieu, puisque dans un redressement extrajudiciaire, il faut l'unanimité des créanciers, le recours à une procédure formelle peut aider à la restructuration en ce qu'il permet au débiteur et à une majorité de créanciers d'imposer un plan à une minorité de créanciers qui n'y est pas favorable, en particulier lorsque des créanciers campent sur leurs positions pendant les négociations informelles. En second lieu, l'économie moderne a considérablement réduit la mesure dans laquelle la valeur d'une entité peut être maximisée par voie de liquidation. Dans les cas où le savoir-faire technique et la clientèle sont plus importants que les actifs corporels, la préservation des ressources humaines et des relations d'affaires sont des éléments essentiels de la valeur qui ne peuvent être réalisés par voie de liquidation. En troisième lieu, les procédures de redressement ont plus de chance de servir l'intérêt économique à long terme, puisqu'elles encouragent les débiteurs à y recourir avant que leurs difficultés financières ne deviennent trop graves. Enfin, des considérations sociales et politiques militent en faveur de l'existence de procédures de redressement qui protègent, par exemple, les salariés d'une entreprise en difficulté.

b) Procédures informelles de redressement

39. Des procédures informelles ont été imaginées il y a quelques années par le secteur bancaire comme alternative aux procédures formelles de redressement. Menée et influencée par des banques et des établissements financiers opérant internationalement, la procédure informelle s'est progressivement étendue à un nombre considérable de pays. Son application a généralement limité entreprises en situation financière difficile ou insolubles ayant des dettes importantes envers des banques et des établissements financiers. L'objectif est de parvenir à un accord à la fois entre les prêteurs et entre le prêteur et le débiteur en vue du redressement de l'entité débitrice, avec ou sans la réorganisation du financement. Le redressement informel peut être un moyen de conférer de la souplesse aux systèmes d'insolvabilité, de limiter le recours à l'infrastructure judiciaire, d'inciter les créanciers à réagir plus rapidement qu'ils ne pourraient le faire normalement dans le cadre de régimes judiciaires et d'éviter l'opprobre qui est souvent associée à l'insolvabilité. Elle s'appuie néanmoins sur l'existence du système judiciaire pour appliquer des sanctions qui contribuent à son succès. À moins que le débiteur, sa banque et les créanciers financiers saisissent l'occasion pour se regrouper et ouvrir la procédure informelle, le débiteur ou les créanciers peuvent invoquer la loi sur l'insolvabilité formelle, avec le risque de dommages que cela comporte à la fois pour le débiteur et pour ses créanciers.

40. Les procédures extrajudiciaires peuvent prendre diverses formes, allant d'une procédure tout à fait informelle fondée sur des principes non contraignants visant à favoriser une négociation collective en dehors du système judiciaire (bien que s'appuyant sur l'existence d'un système judiciaire efficace et bien conçu pour inciter les parties à négocier) à l'utilisation d'un mécanisme judiciaire pour faire exécuter un plan arrêté par voie de négociations informelles et pour y lier les créanciers. Lorsque les négociations se déroulent dans un cadre extrajudiciaire et que le débiteur et la majorité des créanciers approuvent le plan, une procédure accélérée peut être utilisée pour l'homologuer.

41. Questions à aborder:

[conditions d'efficacité des procédures informelles et conduite de ces procédures]

[A/CN.9/504, par. 161: On a noté qu'il y avait un recoupement entre certaines de ces considérations et l'élaboration par le Groupe de travail d'un guide législatif sur les procédures judiciaires d'insolvabilité et qu'il faudrait examiner comment le tout pouvait s'articuler. Il a été proposé en particulier que le projet de guide passe en revue les différentes options, en examinant les avantages et les inconvénients de chacune, et en indiquant comment elles pourraient être intégrées dans un régime de redressement. On a signalé à cet égard qu'il existait une corrélation entre le degré de difficulté financière du débiteur et la complexité de la solution proposée. Par exemple, lorsque des banques étaient concernées, le débiteur pouvait probablement négocier de manière informelle avec elles et résoudre ses difficultés sans faire intervenir les créanciers commerciaux. Lorsque la situation financière était plus complexe et nécessitait l'intervention de nombreuses catégories différentes de créanciers, un plus grand formalisme pouvait s'imposer. On a avancé que cette approche pouvait constituer un moyen de présenter les différentes

procédures aux législateurs. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait tenir compte de ces considérations lors de l'examen des sections du projet de guide consacrées au redressement, et en particulier que le thème des procédures accélérées de redressement pour mettre en œuvre des restructurations comme celles dont il est question dans le document A/CN.9/WG.V/WP.55 (y compris les mécanismes internationaux et nationaux) devrait être abordé dans le projet de guide.]

i) Procédures tout à fait informelles

42. Questions à aborder:

[A/CN.9/504, par. 159: S'agissant des procédures tout à fait informelles, il a été suggéré que le Groupe de travail tienne compte des travaux entrepris par d'autres organisations (Groupe de spécialistes du crédit (Lenders Group) d'INSOL international) pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers (présentée dans le document A/CN.9/WG.V/WP.55) et d'autres principes directeurs similaires.]

43. Une méthode dite "de Londres", repose sur des principes directeurs non contraignants adressés par la Banque d'Angleterre aux banques commerciales, qui sont instamment invitées à soutenir leurs débiteurs en situation financière difficile. Les décisions relatives à l'avenir à long terme des débiteurs ne devraient être prises que sur la base d'informations complètes, partagées entre toutes les banques et les autres parties qui participeraient à un accord sur ce point. Des moratoires et accords de cession de rang facilitent l'obtention de moyens temporaires de trésorerie, et les banques et les autres créanciers essaient de s'entendre pour décider collectivement si un ballon d'oxygène devrait être donné à la société débitrice et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

ii) Procédures administratives

44. Questions à aborder:

[A/CN.9/504, par. 160: S'agissant des procédures administratives, trois types d'approches ont été évoqués et il a été suggéré que le Guide analyse les exemples correspondants et examine les circonstances dans lesquelles ces approches s'étaient révélées utiles et dans quels cas il pourrait être indiqué de les suivre dans l'avenir. On a souligné en particulier qu'elles avaient facilité les choses lorsque les tribunaux n'avaient pas toutes les compétences pour traiter la question ou étaient simplement dépassés par l'ampleur de l'échec du système.]

45. Ces dernières années, un certain nombre de pays touchés par la crise ont mis au point des formes "structurées" semi-officielles de procédures informelles, largement inspirées par l'État ou les banques centrales, pour traiter les problèmes financiers systémiques au sein du système bancaire. Ces procédures ont été élaborées selon un modèle similaire. Premièrement, chacune prévoit un organe qui est chargé d'encourager et, en partie, de coordonner et d'administrer une réorganisation informelle afin de fournir l'incitation et la motivation nécessaires à la mise en place des procédures informelles. Deuxièmement, chaque procédure s'appuie sur un accord entre banques commerciales en vertu duquel les participants acceptent de suivre une série de "règles" concernant les entreprises débitrices qui

ont des dettes envers une ou plusieurs des banques et qui peuvent participer à la procédure. Les règles indiquent les procédures à suivre et les conditions à imposer en cas de tentative de redressement de l'entreprise. Dans certains des pays, une entreprise débitrice qui cherche à négocier un redressement informel est tenue d'accepter que ces règles s'appliquent. Troisièmement, des délais sont fixés pour diverses parties de la procédure et, dans certains cas, des accords de principe peuvent être soumis au tribunal compétent en vue d'un redressement formel prévu par la loi. De plus, un pays a créé un organisme public qui a des pouvoirs extrêmement étendus lui permettant d'acquérir des prêts improductifs auprès du secteur bancaire et financier puis d'imposer des procédures extrajudiciaires à une entreprise débitrice défaillante, y compris un redressement forcé ou imposé.

iii) *Procédures hybrides*

46. Questions à aborder:

[A/CN.9/504, par. 159: Quant aux procédures combinant des éléments judiciaires et extrajudiciaires, le Groupe de travail pourrait examiner comment celles-ci avaient été mises en place dans le monde et, en particulier, quel rôle jouaient les autorités judiciaires et administratives et à quel stade elles intervenaient.]

47. Certains pays ont adopté ce que l'on peut appeler des procédures antérieures à l'insolvabilité, qui sont en fait des hybrides de procédures extrajudiciaires et judiciaires de redressement. Dans un pays, des règlements ont été publiés qui permettent au tribunal d'approuver un plan de redressement en vertu de la loi sur l'insolvabilité, même si le soutien requis des créanciers comme condition de l'approbation du tribunal a été obtenu par un vote qui a eu lieu avant l'ouverture de la procédure formelle de redressement. De tels règlements "préemballés" de l'insolvabilité visent à réduire au minimum le coût et la durée du redressement formel tout en donnant la possibilité d'approuver un plan de redressement qui n'a pas l'appui unanime des créanciers.

48. Dans un autre pays, la loi dispose que pour faciliter la conclusion d'un règlement amiable avec ses créanciers, un débiteur peut demander au tribunal de nommer un conciliateur. Le conciliateur n'a pas de pouvoir particulier, mais il peut demander au tribunal d'imposer une suspension des poursuites à tous les créanciers s'il estime qu'une telle mesure est de nature à faciliter la conclusion d'un accord de règlement. Pendant la période de suspension, le débiteur ne peut faire aucun paiement pour s'acquitter de créances antérieures (à l'exception des salaires) ou acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise. La procédure se termine lorsqu'un accord est conclu soit avec tous les créanciers soit (sous réserve de l'approbation du tribunal) avec les principaux d'entre eux; dans ce dernier cas, le tribunal peut maintenir la suspension pour tous les créanciers non participants en accordant au débiteur une période de grâce qui peut atteindre jusqu'à deux ans.

49. Questions à aborder:

[A/CN.9/WG.V/WP.55, par. 22 et 23: [Une autre approche est fondée sur] un cadre légal permettant une procédure rapide d'insolvabilité en vue d'une restructuration volontaire des dettes découlant d'emprunts (créances et obligations d'établissements de prêts) de sociétés internationales insolubles. Cette procédure reposerait sur l'approbation de la restructuration par une

majorité qualifiée de créanciers dans chaque catégorie concernée et sur un examen judiciaire du caractère adéquat de la restructuration qui serait évaluée par rapport à des normes internationales appropriées en la matière. Les principales caractéristiques de cette approche sont les suivantes: possibilité de déclarer un bref moratoire pour permettre de mener à bien des discussions sur la restructuration volontaire; soumission de la restructuration à l'approbation des créanciers avant l'ouverture de la procédure judiciaire; approbation par une majorité de 75 % du nombre et de la valeur des créances dans chacune des catégories des créanciers concernées; procédures accélérées d'insolvabilité aux fins d'homologation de la restructuration par un tribunal compétent en la matière afin de lier les créanciers dissidents; et critères juridiques minima pour l'homologation de la restructuration par le tribunal.]

C. Relation entre la procédure de liquidation et la procédure de redressement

50. Dans certaines circonstances, le meilleur moyen de traiter les problèmes résultant de l'insolvabilité d'un débiteur est de liquider tous ses actifs et d'en répartir ensuite le produit entre les créanciers. Dans d'autres circonstances, cependant, la liquidation n'est peut-être pas le meilleur moyen de maximiser la valeur des ressources de l'entreprise insolvable. En réalité, comme on l'a noté plus haut, une liquidation pure et simple des actifs ne permet souvent aux créanciers de ne recouvrer qu'une fraction de la valeur nominale de leurs créances. Dans ce cas, le redressement de l'entreprise, en vue de préserver l'emploi et le fond commercial, peut s'avérer plus efficace pour maximiser la valeur des créances et permettre aux créanciers de bénéficier d'un traitement plus favorable, voire d'être intégralement désintéressés. Cela peut être particulièrement vrai lorsque, par exemple, la valeur de l'entreprise est fondée sur des actifs incorporels (comme des droits de propriété intellectuelle) plutôt que sur des actifs corporels.

51. Des raisons liées au contexte politique et social d'un système juridique expliquent parfois aussi la préférence donnée au redressement par rapport à la liquidation. Certains pays considèrent qu'une procédure de redressement répond à l'intérêt général, non seulement en encourageant les débiteurs à y recourir avant que leurs difficultés financières ne deviennent trop graves, mais aussi en leur donnant une "seconde chance", ce qui en définitive favorise le développement économique et la croissance. Étant donné l'importance attachée à ces objectifs politiques et sociaux dans certains systèmes juridiques, de nombreux pays reconnaissent qu'un régime efficace de l'insolvabilité doit comporter à la fois des procédures de liquidation et de redressement.

52. Bien que de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient à la fois une procédure de liquidation et une procédure de redressement, la structure du processus conduisant au choix de l'une ou de l'autre peut être très différente. Certaines lois prévoient une procédure d'insolvabilité souple et unitaire pouvant aboutir soit à la liquidation soit au redressement, selon les particularités d'espèces. D'autres prévoient deux procédures distinctes, comportant chacune des conditions d'accès et d'ouverture, ainsi que différentes possibilités de conversion de l'une en l'autre.

53. Les législations qui traitent la liquidation et le redressement comme deux procédures distinctes se fondent sur diverses considérations de principe en matière sociale et commerciale et visent différents objectifs (voir ...). Toutefois, un nombre important de questions étant communes à ces deux procédures, il y a entre elles de nombreux liens et chevauchements, aussi bien sous l'angle procédural qu'en ce qui concerne les questions de fond, comme le montrera la discussion dans la deuxième partie.

54. Lorsque deux procédures distinctes sont prévues, le choix de celle qui sera utilisée devrait, au moins en théorie, dépendre de la question de savoir si l'entreprise du débiteur insolvable est ou non viable. Mais dans la pratique, il est souvent impossible, à l'ouverture de l'une ou l'autre procédure, d'évaluer de manière définitive la viabilité financière de l'entreprise. Il est donc nécessaire que la loi établisse des liens entre les deux procédures, pour permettre la conversion de l'une en l'autre dans des cas particuliers, et d'instituer des dispositifs destinés à prévenir tout recours abusif à la procédure d'insolvabilité, par exemple l'ouverture d'une procédure de redressement dans le but d'éviter ou de retarder la liquidation (voir ...).

55. Pour ce qui est du choix de la procédure, certains pays prévoient que la partie qui demande l'ouverture de la procédure d'insolvabilité a le choix au départ entre la liquidation et le redressement. Lorsqu'une procédure de liquidation est engagée par un ou plusieurs créanciers, la loi prévoit souvent un mécanisme permettant au débiteur d'en demander la conversion en redressement quand cela est possible. Lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de sa propre initiative ou par suite de l'assignation en liquidation d'un créancier, il devrait, logiquement, être statué d'abord sur la demande de redressement. Pour protéger les créanciers, certaines législations relatives à l'insolvabilité prévoient toutefois la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation dès lors qu'il est constaté que le redressement a peu de chances d'aboutir. Un autre mécanisme de protection des créanciers peut être de fixer la durée maximale d'une procédure de redressement lorsqu'elle est accordée contre le gré des créanciers.

56. En règle générale, bien qu'elles soient couramment présentées comme distinctes, les procédures de liquidation et de redressement sont normalement utilisées l'une à la suite de l'autre. En d'autres termes, une procédure de liquidation ne sera engagée que si le redressement a peu de chances de réussir ou si les efforts de redressement ont échoué. Certains régimes d'insolvabilité reposent sur le postulat général qu'une entreprise devrait être redressée et que la procédure de liquidation ne peut être ouverte qu'en cas d'échec de toutes les tentatives de redressement. Dans les régimes d'insolvabilité qui prévoient la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation, une demande à cette fin peut être présentée par le débiteur, par les créanciers ou par le représentant de l'insolvabilité, suivant les conditions fixées par la loi. Il peut s'agir notamment de l'impossibilité pour le débiteur d'acquitter à l'échéance les dettes nées après l'engagement de la procédure; du rejet du plan de redressement par les créanciers ou le tribunal; d'un manquement du débiteur aux obligations résultant d'un plan approuvé; ou d'une tentative du débiteur de frauder ses créanciers. S'il est souvent possible de convertir une procédure de redressement en procédure de

liquidation, la plupart des régimes d'insolvabilité ne permettent pas de reconvertir ensuite celle-ci en redressement.

57. Étant donné la difficulté de décider d'emblée si le débiteur devrait faire l'objet d'une procédure de liquidation plutôt que de redressement, certains pays ont été conduits à revoir leur législation relative à l'insolvabilité et à remplacer les procédures distinctes par une procédure "unitaire". Selon cette conception, il y a une période initiale (généralement appelée "période d'observation" qui, dans les législations en vigueur, peut durer jusqu'à trois mois), pendant laquelle il n'existe aucune présomption quant à la décision qui sera prise en définitive – redresser l'entreprise ou la liquider. Le choix entre ces deux éventualités n'intervient qu'une fois qu'il a été décidé si le redressement est possible ou non. L'avantage fondamental de cette solution tient à sa simplicité sur le plan procédural. Une procédure unitaire simple, permettant d'envisager une réorganisation et un redressement, peut également avoir pour effet d'encourager les débiteurs à y recourir dès qu'ils connaissent des difficultés financières, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement.